

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
edição atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.^a edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

9

LICITAÇÃO

9.1 CONCEITO

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Ao falar-se em **procedimento administrativo**, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

A expressão *ente público no exercício da função administrativa* justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Note-se que as entidades da Administração Indireta, com personalidade de direito privado, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, costumam ser chamadas por alguns autores de **entidades públicas de direito privado**, por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas de direito público; é o caso dos dispositivos constitucionais que impõem licitação (arts. 22, XXVII, e 37, *caput*, combinado com inciso XXI, e com art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição).

Pela licitação, a Administração **abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Finalmente, a expressão *possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato* encerra o conceito de licitação. No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

No direito brasileiro, a Lei nº 8.666, de 21-6-93, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública, indica, no artigo 3º, os objetivos da licitação, permitindo a formulação de outro conceito: licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes.

9.2 DIREITO POSITIVO

Na Constituição de 1967, não havia norma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, c e § 2º); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação.

A controvérsia surgiu com a Lei Federal nº 5.456, de 20-6-68, que determinou a aplicação, aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25-2-67. E prosseguiu com a promulgação do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, que, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, determinou, no artigo 85, que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as **normas gerais** nele estabelecidas.

Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

A Constituição de 1988 pôs fim à controvérsia, ao dar competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, XXVII). Essa norma imprimiu validade incontestada ao art. 85 do Decreto-lei nº 2.300/86, significando que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação (art. 24, § 2º, e art. 30, II, da Constituição). A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III”.

A grande dificuldade com que se defrontava o intérprete do Decreto-lei nº 2.300/86 decorria da falta de técnica legislativa, que levou seus redatores a inserirem num texto **normas gerais**, de âmbito nacional, e **normas especiais**, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras. Isto levava a resultados negativos, pois a interpretação do que sejam normas gerais variava de um Estado e Município para outro, produzindo resultado oposto ao que levou as Constituições brasileiras, desde 1946, a dar à União competência para estabelecer normas gerais: a uniformização de determinados princípios em todo o território nacional.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 6.544, de 22-11-89, procurou fazer a adaptação da legislação estadual à lei federal, reproduzindo as suas disposições, com pequenas alterações.

Está, agora, em vigor, a Lei Federal nº 8.666, de 21-6-93, que, revogando o Decreto-lei nº 2.300/86, “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Essa lei já sofreu inúmeras alterações e acréscimos por legislação posterior.¹

Intensificando a tendência legislativa centralizadora da União e com flagrante invasão na área de competência dos Estados e Municípios para a legislação suplementar, o artigo 1º afirma, textualmente, que “esta lei estabelece **normas gerais**

¹ As alterações foram feitas pelas Leis nºs 8.883, de 8-6-94, 9.648, de 27-5-98, 9.854, de 27-10-99, 10.438, de 24-4-02, 10.973, de 2-12-04, 11.079, de 30-12-04, 11.107, de 6-4-05, 11.196, de 21-11-05, 11.445, de 5-1-07, 11.481, de 31-5-07, 11.484, de 31-5-07, 12.349, de 15-12-10, 12.440, de 7-7-11, 12.715, de 17-9-12, Lei Complementar nº 147, de 7-8-14, e Lei nº 13.243, de 11-1-16.

sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da **União**, dos **Estados**, do **Distrito Federal** e dos **Municípios**".

Enquanto o Decreto-lei nº 2.300/86, com a norma do artigo 85, deixava a possibilidade de separar as **normas gerais** das que não tinham essa natureza (ainda que com a apontada dificuldade), a Lei nº 8.666/93 já declara, no artigo 1º, que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. Se alguma dúvida houvesse, ela se dissiparia com a norma do artigo 118, que determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos "ao disposto nesta Lei".

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos "órgãos da Administração" (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio que decorre do artigo 37 da Constituição e constitui condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos.

Ainda sobre licitação existe a Lei nº 10.520, de 17-7-02, que instituiu nova modalidade denominada pregão; a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que, nos artigos 42 a 49, contém normas sobre licitação, favorecendo as microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 11.488, de 15-6-07, que no artigo 34 determina a aplicação da Lei Complementar nº 123/06 às Sociedades Cooperativas, e a Lei nº 12.462, de 4-8-11, que, dentre outras medidas, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O contrato de publicidade está disciplinado pela Lei nº 12.232, de 29-4-10. Por sua vez, a Lei nº 12.598, de 22-3-13 (regulamentada pelo Decreto nº 7.970, de 28-3-13), estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Quanto à concessão e permissão de serviço público e de obra pública, aplica-se, em matéria de licitação, a Lei nº 8.666, parcialmente derogada pela Lei nº 8.987, de 13-2-95. Em relação à parceria público-privada, essas duas leis aplicam-se, parcialmente derogadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-04. Ainda existem outras leis sobre concessão de determinados serviços públicos, como telecomunicações, portos, energia e outros, com normas específicas sobre licitação.

9.3 PRINCÍPIOS

Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da **licitação**. José Roberto Dromi (1975:134) indica dois: o da **livre concorrência** e o da **igualdade entre os concorrentes**; Sayaguéz Laso (1940:52-53) também aponta dois: o da **igualdade de todos frente à Administração** e o **estrito cumprimento do edital**; Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da **igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital** (1973:33); a esses três Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:2) acrescenta o da **possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores**.

Hely Lopes Meirelles (2003:265) relaciona maior número de princípios: **procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória**.

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, exigia licitação para a contratação de **obras, serviços, compras e alienações**, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. A obrigatoriedade passou a constar da Constituição Federal, em relação aos mesmos contratos (art. 37, XXI) e à concessão e permissão de serviços públicos (art. 175). A Lei nº 8.666, de 21-6-93, faz a mesma exigência para as **obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações** da Administração Pública (art. 2º).

O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência decorre também da Constituição, por força do já mencionado artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e **para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III**. Este último dispositivo, também alterado pela Emenda nº 19, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sejam regidas por estatuto jurídico que disponha, entre outras coisas, sobre licitação e contratação, com observância dos princípios da Administração Pública.

Isto significa que, com a nova redação do dispositivo constitucional, as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação.

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, o artigo 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, determinava que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **igualdade**, da **publicidade**, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos; a esses o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93, acrescenta os da **legalidade**, **impressoalidade** e **moralidade**, já previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição.

Ainda outros princípios não previstos expressamente no artigo 3º podem ser mencionados, em especial o da adjudicação compulsória, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, todos eles decorrendo expressa ou implicitamente da própria Lei nº 8.666/93 e de outras leis esparsas, estando amplamente consagrados no direito brasileiro. Mais recentemente, fala-se em princípio da sustentabilidade da licitação ou princípio da licitação sustentável.

9.3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O **princípio da igualdade** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na Lei nº 8.666/93, a igualdade entre os licitantes é mencionada duas vezes: como um dos objetivos da licitação e como um dos princípios expressamente previstos.

No § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666, está implícito outro princípio da licitação, que é o da **competitividade** decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-1991”.

No mesmo § 1º, inciso II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, há ainda outra aplicação do **princípio da isonomia**, quando se veda aos agentes públicos “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91”.

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revela em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93; no artigo 30, § 5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, procura-se estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”; pelo § 3º do artigo 42, “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; pelo § 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”; e, pelo § 6º, “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

No entanto, como se verifica pelo § 1º do artigo 3º, os seus incisos, depois de colocarem normas que constituem aplicação do princípio da isonomia, preveem, em sua parte final, algumas ressalvas para permitir tratamento diferenciado em pelo menos quatro hipóteses: (a) quando a exigência discriminatória for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato; (b) para garantir a margem de preferência estabelecida pelos §§ 5º a 12 do artigo 3º; (c) para as hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 8.248/91; e (d) para definir os critérios de desempate. Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio conceder benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, estendidos às cooperativas pela Lei nº 11.488/07, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação, no *caput* do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Antes de analisar cada uma dessas exceções ao princípio da isonomia, é preciso buscar o seu fundamento constitucional. Para esse fim, é preciso recorrer ao princípio da razoabilidade e ao princípio do devido processo legal em sua feição

substantiva. A razoabilidade deve existir tanto em relação às leis, como em relação aos atos administrativos.

No que diz respeito à razoabilidade das leis (que se confunde com o princípio do devido processo legal substantivo), o que se exige é que as discriminações previstas em lei sejam necessárias para alcançar determinados fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente pela Constituição.²

San Tiago Dantas, que bem analisou o assunto,³ parte da ideia de que o princípio da igualdade deve ser observado como limite à função do legislador. Ele reconhece que “a intervenção do Estado nas relações econômicas – a economia planificada ou dirigida – acentua a necessidade de cingir a norma legislativa ao caso concreto, obriga a proceder para com os particulares com diferentes pesos e medidas. O Estado bloqueia os preços de um produto, e deixa livres os de outro. Permite a um fazendeiro que empreenda certa lavoura (a da cana de açúcar, por exemplo), e proíbe atividade idêntica a seu vizinho. De sorte que, ou afirmamos a natureza ilimitada dos poderes conferidos ao Legislativo, e para isso reduzimos o princípio constitucional da igualdade a simples preceito programático, com eficácia vinculativa para os órgãos administrativos e judiciários, ou temos de firmar doutrina sobre os limites constitucionais da função legislativa, excluindo dela as leis que não podem ser feitas, e que, se forem, não podem lograr aplicação”. No entanto, afirma a necessidade de que as discriminações, ainda que necessárias, sejam plausíveis, racionais, razoáveis em relação aos fins que o ordenamento jurídico impõe; com isso, “abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como ‘undue processes of law’, a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado”.

Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), ao analisar em profundidade o princípio da igualdade, embora sem referência expressa à razoabilidade ou ao devido processo legal, adota o mesmo entendimento, quando afirma que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”.

Com relação aos atos administrativos, a razoabilidade exige proporcionalidade, correlação ou adequação entre os meios e os fins (v. item 3.3.12).

² Sobre o princípio da razoabilidade, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 174. Especificamente sobre razoabilidade nas licitações, escrevemos texto inserido no livro *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

³ Igualdade perante a lei e *due process of law*. In *RF* 116, p. 21-22.

É levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia previstas na Lei nº 8.666/93 e em outras leis esparsas.

A **primeira exceção** resulta implícita do artigo 3º, § 1º, inciso I, quando veda as cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, incluindo “qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”. A *contrario sensu*, conclui-se que, se a circunstância for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, ela é razoável e, portanto, não fere o princípio da isonomia. É o caso, por exemplo, em que razões de ordem técnica autorizam a indicação de determinada marca do produto a ser adquirido (conf. art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93), ou quando se façam exigências de habilitação indispensáveis à execução do contrato (conf. artigo 37, XXI, da Constituição), ou se especificam características do produto que, embora possam afastar alguns licitantes, são essenciais aos objetivos do contrato.

A **segunda exceção**, prevista na parte final do artigo 3º, § 1º, inciso I, diz respeito aos §§ 5º a 12 do mesmo dispositivo (inseridos pela Lei nº 12.349, de 15-12-10, regulamentada pelo Decreto nº 7.546, de 2-8-11). Tais parágrafos agasalham a possibilidade de ser estabelecida margem de preferência para *produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais* que atendam a normas técnicas brasileiras ou se destinem à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos *sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos*.⁴ A mesma Lei nº 12.349/10 introduziu os incisos XVII, XVIII e XIX no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 para definir, respectivamente, o que sejam “produtos manufaturados nacionais”, “serviços nacionais” e “sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos”. Por sua vez, a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) introduziu um inciso II no § 5º do artigo 3º para permitir que nos processos de licitação seja estabelecida margem de preferência para “bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”.

Não existe, na Constituição, dispositivo específico que permita discriminação em favor de produtos e serviços nacionais em detrimento dos estrangeiros. A justificativa tem que ser buscada em princípios mais genéricos, como os da soberania (art. 1º, I), o da garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), o da promoção

⁴ Essa margem de preferência vem sendo definida casuisticamente, apenas para a administração pública federal, em relação a produtos específicos: por exemplo, os Decretos nºs 7.810, de 20-9-12, 7.812, de 20-9-12, e 7.816, de 28-9-12, estabelecem a aplicação de margem de preferência em licitações para aquisição, respectivamente, de papel-moeda, de veículos para vias férreas e de caminhões, furgões e implementos rodoviários na forma especificada em anexo ao último decreto citado. O Decreto nº 7.903, de 4-2-13, estabelece a margem de preferência nas aquisições de equipamentos de tecnologia de informação e comunicação que menciona. Outras margens de preferência foram estabelecidas pelos Decretos nºs 8.184, 8.185, 8.186, todos de 17-1-14, 8.194, de 12-2-14, 8.225, 8.223, 8.224, todos de 3-4-14.

e capacitação tecnológicas, com apoio e estímulo às empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País (art. 218 e §§), incentivo ao mercado interno, definido como patrimônio nacional (art. 219). Com base nesses dispositivos, é possível incluir nos instrumentos convocatórios exigências que confirmam a margem de preferência prevista na Lei nº 12.349/10.

No entanto, a previsão da margem de preferência não poderá implicar desrespeito ao artigo 37, XXI, da Constituição, com exigências de qualificação técnica não essenciais ao específico objeto do contrato.

A **terceira exceção** à regra da isonomia, prevista na parte final do § 1º, incisos I e II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666, é a que se refere às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para dar preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: “I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; II – bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art. 3º da Lei nº 8.248/91, com a redação dada pela Lei nº 10.176, de 11-1-2001)”. Valem, com relação a essa exceção, as observações feitas com relação à margem de preferência para serviços e produtos nacionais.

A **quarta exceção** é a que se contém no § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666 que assegura, em igualdade de condições, como critério de desempate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I – revogado; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”; V – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitados da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” (introduzido pela Lei nº 13.146, de 6-7-15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)).⁵ Também aqui valem as observações feitas com relação à margem de preferência para serviços e produtos nacionais.

Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, alterada pela Lei Complementar nº 147, de 7-8-14, veio criar mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte (art. 44), considerando como empate, para esse fim, “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada” (§ 1º do art. 44); esse índice é de 5%

⁵ O art. 66-A, introduzido na Lei 8.666/93 pela Lei 13.146/15, estabelece que as empresas enquadradas no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º da lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitação de Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação. A preocupação é que sejam preservadas, durante a execução do contrato, as normas de proteção das pessoas portadoras de deficiência, contidas nos referidos dispositivos da Lei 8.666, introduzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

no caso do pregão (§ 2º do art. 44). Ocorrendo esse empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I); se houver empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas (art. 45, inciso III). Esse tratamento favorecido, diferenciado e simplificado nas contratações públicas de bens, serviços e obras, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 5-9-07.

O mesmo benefício previsto na Lei Complementar nº 123 foi estendido às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do artigo 3º da referida lei complementar, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados. O limite ali referido corresponde ao da receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).⁶

Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, criou **outras exceções** em favor das microempresas e empresas de pequeno porte (estendidas também às cooperativas pela Lei nº 11.488/07), a saber:

- a) exigência de comprovação de regularidade fiscal somente para efeito de assinatura do contrato, com possibilidade de correção de irregularidades (art. 42);
- b) preferência em caso de desempate, nos termos já assinalados;
- c) possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial quando forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não pagos em até 30 dias contados da data de liquidação; tais cédulas têm a natureza de título de crédito (art. 46);
- d) possibilidade de desfrutarem de tratamento diferenciado e simplificado nas contratações públicas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente (art. 47); esses privilégios podem consistir em: abertura de licitação destinada exclusivamente à participação dessas empresas, nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; exigência de que a subcontratação recaia sobre empresas dessa natureza, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% do total licitado; possibilidade de

⁶ O TCU, pela Súmula nº 281, firmou o entendimento de que “é vedada a participação de cooperativa em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade”.

estabelecer cota de até 25% do objeto para a contratação dessas empresas, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível (art. 48). Em consonância com o artigo 49, não pode ser dispensado esse tratamento diferenciado quando: não for expressamente previsto no instrumento convocatório; não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, em condições de cumprirem as exigências do instrumento convocatório; não for vantajoso para administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; quando a licitação for dispensável ou inexigível.

As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal. O primeiro inclui entre os princípios gerais da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”; o segundo determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais.

Ainda **outra exceção** à regra da isonomia diz respeito às normas que permitem exigências, no instrumento convocatório, que favoreçam o desenvolvimento sustentável, em consonância com o princípio da licitação sustentável (analisado no item 9.3.10); tais exigências são compatíveis com os princípios da isonomia e da razoabilidade, já que as cláusulas discriminatórias, no caso, têm por objetivo a proteção do meio ambiente, com fundamento em preceitos constitucionais, contidos especialmente nos artigos 170, VI, e 225, § 1º, V.

9.3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O **princípio da legalidade**, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm **direito público subjetivo** à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento.

Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429, de 2-6-92.

9.3.3 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O **princípio da impessoalidade**, já analisado no item 3.3.3, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

9.3.4 PRINCÍPIO DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

O princípio da moralidade, conforme visto nos itens 3.3.11 e 18.1, exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, *caput*, e 5º, LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº 2.300/86 o incluía no artigo 3º com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder.

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração.

9.3.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na **concorrência**, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no **convite**, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

Existem, na Lei nº 8.666/93, vários dispositivos que constituem aplicação do princípio da publicidade, entre os quais os seguintes: o artigo 3º, § 3º, estabelece que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; o artigo 4º, na parte final, permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o artigo 15, § 2º, exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial; o artigo 16, com redação dada pela Lei nº 8.883/94, exige seja publicada a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação; o artigo 21 estabelece normas sobre a publicação dos avisos contendo resumo do edital; o § 4º do mesmo dispositivo exige que qualquer modificação seja divulgada pela mesma forma que seu texto original; o artigo 34, § 1º, exige ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos os interessados, obrigando a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados; o artigo 39 exige, quando o valor estimado da licitação for superior a determinado montante, que o procedimento se inicie com audiência pública realizada com observância dos prazos estabelecidos no dispositivo; o artigo 40, inciso VIII, exige que do edital conste, obrigatoriamente, a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; o artigo 43, § 1º, exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado; o artigo 53, § 4º (com a redação da Lei nº 8.883/94) exige que o edital do leilão seja amplamente divulgado.

Por sua vez, a Lei de Acesso a Informações (nº 12.517, de 18-11-11), no artigo 8º, impõe aos órgãos e entidades públicas o dever de promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências,

de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. O § 1º estabelece que, na divulgação das informações deverão constar, no mínimo, entre outras, as “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”.

9.3.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

9.3.7 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e o de maior lance ou oferta (v. item

9.7.1.3). Esses critérios não são aplicados para o concurso (v. item 9.7.4) e para o pregão (v. item 9.7.6).⁷

9.3.8 PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Com relação ao princípio da **adjudicação compulsória**, significa, segundo Hely Lopes Meirelles (2003:267), que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove **justo motivo**. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.” Adverte ele, no entanto, que “o direito do vencedor limita-se à **adjudicação**, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao **contrato imediato**. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem **justa causa**”.

Em verdade, a expressão *adjudicação compulsória* é equívoca, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento (v. item 9.7.1.5).

9.3.9 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Finalmente, cabe ainda uma palavra a respeito de um princípio pouco mencionado em matéria de licitação; trata-se do princípio da **ampla defesa**, já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se acórdão do STF, publicado na RTJ 105/162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação, como procedimento

⁷ Os critérios de julgamento nos contratos de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa) são os previstos, respectivamente, nas Leis nºs 8.987, de 13-2-95 (art. 15), e 11.079, de 30-12-04 (art. 12, II). Nos contratos de serviços de publicidade, regidos pela Lei nº 12.232, de 29-4-10, os critérios previstos são apenas os de “melhor técnica” ou “técnica e preço”. No Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os critérios de julgamento estão previstos no artigo 18 da Lei nº 12.462, de 4-8-11.

administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (RDA 166/117). Na vigência da nova Constituição, o artigo 5º, inciso LV, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio.

O artigo 87 da Lei nº 8.666/93 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

9.3.10 PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

O princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente.

O primeiro passo nesse sentido talvez tenha sido dado pela Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. No artigo 4º, foram definidos os objetivos dessa Política, dentre eles, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio econômico-social, difusão de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais, difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

Por sua vez, o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, na redação original, incluía a defesa do meio ambiente entre os objetivos da ordem econômica. E o artigo 225 estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O § 1º do mesmo dispositivo indica as medidas possíveis para assegurar a efetividade desse direito, dentre elas o dever de “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (inciso IV) e o de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (inciso V).

Posteriormente, o artigo 170, VI, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 42/03, para colocar como princípio da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos seus processos de elaboração e prestação”. Estava posto

o fundamento constitucional para as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes, em que se combinam os objetivos tradicionais da licitação (de buscar a melhor proposta para a Administração e garantir a isonomia aos licitantes) com o de desenvolvimento sustentável, que procura preservar o meio ambiente, em harmonia com fatores sociais e econômicos.⁸

A partir daí sucederam-se as normas legais visando garantir o princípio da sustentabilidade das licitações.

A Lei nº 12.187, de 29-12-09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudanças do Clima, no artigo 6º, inciso XII, indicou como instrumento dessa Política “as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o *estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parecerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos*”.

A Lei nº 12.305, de 2-8-10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, no artigo 7º, XI, incluiu, entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a “prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: (a) produtos reciclados e recicláveis; (b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”.

A Lei nº 12.836, de 2-7-13, veio alterar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-7-01) para incluir entre os objetivos da política urbana o “estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais” (art. 2º, XVII). Incentivo semelhante foi previsto para as operações urbanas consorciadas, com o acréscimo, pela mesma lei, de um inciso III ao § 2º do artigo 32 do Estatuto da Cidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.666/93, que já previa, desde a redação original, o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços (art. 12, VII), teve seu artigo 3º alterado pela Lei nº 12.349, de 21-12-10 para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746, de 5-6-12.

Na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa nº 01, de 19-01-10, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade

⁸ Sobre licitações sustentáveis, v. a obra coletiva, *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, org. por Murillo Giordano Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”. Essa Instrução, no artigo 1º, estabelece que “as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”. Dentre os critérios possíveis a serem utilizados, faz referência, por exemplo, à maior economia no consumo de energia elétrica na climatização e iluminação de ambientes; uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes, aquecimento de água por energia solar; medição individualizada de água e energia elétrica, aproveitamento da água da chuva, exigência de comprovação da origem da madeira, uso de mão de obra, materiais e matérias-primas locais, uso obrigatório de agregados reciclados, observância das regras do Inmetro, aquisição de bens compostos de materiais reciclados, atóxicos e biodegradáveis, cumprimento de requisitos ambientais para certificação pelo Inmetro, uso de embalagens adequadas, emprego de produtos de limpeza e conservação que respeitem normas da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, redução do desperdício de água, observância à Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama sobre ruído, utilização de equipamentos de proteção individual pelos profissionais terceirizados, treinamento destes mesmos profissionais para redução do consumo da água, energia e da produção de resíduos sólidos, separação dos resíduos recicláveis, atendimento às normas da Agência Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos, destinação ambiental adequada de pilhas e baterias.

Pelo artigo 4º, *caput*, as obras públicas e os serviços de engenharia, os projetos básico e executivo “devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

E o artigo 5º permite a exigência de que as aquisições sejam, total ou parcialmente compostas por material reciclado, atóxico, biodegradável e que observem os requisitos ambientais necessários para serem certificados pelo Inmetro como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares, devendo ser concedida aos licitantes a oportunidade de comprovar o atendimento aos requisitos, também de modo a não prejudicar a ampla competitividade.

A Lei nº 12.462, de 4-8-11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para a construção de estádios e aeroportos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, insere entre os princípios da licitação o do desenvolvimento sustentável. E, no artigo 4º, § 1º, estabelece que devem ser respeitadas as normas relativas à: I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e

recursos naturais; IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e VI – acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Por sua vez, o Decreto nº 7.746, de 5-6-12, regulamenta o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). É curioso que esse decreto tenha estabelecido normas apenas para a administração pública federal. O dispositivo regulamentado (art. 3º da Lei nº 8.666/93) tem natureza de *norma geral*, sendo, por essa razão, aplicável em âmbito nacional. Em consequência, o decreto regulamentar tem o mesmo alcance. Apenas no que diz respeito à instituição do CISAP e à definição de sua composição e competências, pode-se dizer que o decreto produz efeito somente na esfera federal.

O artigo 2º do Decreto permite (não obriga) que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adquiram bens e contratem serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório; a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame (parágrafo único do art. 2º). Pelos termos do § 3º do mesmo dispositivo, os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

O artigo 4º indica algumas diretrizes de sustentabilidade: I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. A indicação não é taxativa, deixando as portas abertas para adoção de outros critérios, mediante adequada motivação nos autos do procedimento licitatório. Na esfera federal, foi atribuída à CISAP (que tem natureza consultiva e caráter permanente), entre outras funções, a de propor à Secretária de Logística e Tecnologia de Informação critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições, contratações, utilização dos recursos públicos, desfazimento e descarte.

O artigo 5º ainda permite que no instrumento convocatório para aquisição de bens seja exigido que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade. E o artigo 6º determina que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia sejam elaboradas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.666/93, de modo a proporcionar a economia da manutenção e ope-

racionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

Na realidade, o princípio da licitação sustentável autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, mas que se harmonizam com o princípio da isonomia, conforme analisado no item 9.3.1.

9.4 OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de **obras, serviços, compras e alienações** (art. 37, XXI), bem como para a **concessão e a permissão de serviços públicos** (art. 175).

A Lei nº 8.666/93 exige licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º).

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública **direta**, os **fundos especiais**, as **autarquias**, as **fundações públicas**, as **empresas públicas**, as **sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente** pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

Quanto às entidades da administração indireta, o artigo 119 da Lei nº 8.666/93 determina que editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei (v. item 10.6).

A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, deixando em aberto a possibilidade de procedimentos diferenciados para, de um lado, a Administração direta, autárquica e fundacional (as quais se submetem ao artigo 37, XXI) e, de outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais se submetem ao artigo 173, § 1º, III.

O artigo 173, por sua vez, prevê lei que venha estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, dentre outras matérias, sobre “licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

O dispositivo não é autoaplicável, de modo que, por ora, continuam tais entidades a submeter-se à Lei nº 8.666.⁹

⁹ O STF atualmente discute, em recurso extraordinário, a submissão da Petrobras ao disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, diante da ausência da lei prevista no artigo 173 da Constituição (RE 441.280/RS, Rel. Min. Dias Toffoli). Em apreciações monocráticas, contudo, o STF já deferiu diversas liminares suspendendo decisão do TCU que determinou que as licitações da Petrobras obedecessem às regras da Lei nº 8.666/93 (MS 27.837, 25.986, 26.783, 27.232 e 27.743).

A dúvida que enseja o artigo 22, XXVII, combinado com o artigo 173, § 1º, III, é se as empresas estatais prestadoras de serviços públicos vão submeter-se ao procedimento comum, previsto na Lei nº 8.666 ou ao procedimento a ser instituído pelo estatuto jurídico das empresas estatais.

A natureza empresarial das empresas estatais, sejam elas prestadoras de atividade econômica privada ou de serviço público de natureza comercial ou industrial, justifica venham a receber o mesmo tipo de tratamento. Também nada impede que a legislação que venha a disciplinar a matéria estabeleça procedimentos diferenciados em função do tipo de atividade.

Apesar da péssima redação do artigo 22, XXVII, é possível o entendimento de que o intuito foi o de adotar procedimento simplificado para as entidades que tenham natureza empresarial, independentemente do tipo de atividade que exercem. Por isso, a melhor interpretação é aquela segundo a qual todas as empresas estatais poderão sujeitar-se a outro procedimento que não o previsto na Lei nº 8.666.

Ainda quanto à obrigatoriedade de licitação por entidades do terceiro setor (designadas como organizações da sociedade civil de interesse público), mediante a utilização de recursos públicos, a matéria está hoje disciplinada pela Lei nº 13.019, de 31-8-14, analisada no Capítulo 11, mais especificamente no item 11.8.

9.5 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175 que, ao facultar a execução de serviço público por **concessão** ou **permissão**, exige que ela se faça “sempre através de licitação”. Desse modo, apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação.

O Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, que estabeleceu a reforma administrativa federal, previa hipóteses de dispensa de licitação, sem distingui-las de casos de **inexigibilidade**. Não obstante, a doutrina já fazia a distinção, depois consagrada pelo Decreto-lei nº 2.300/86: o artigo 22 e o artigo 15, § 1º, indicavam os casos de **dispensa** e, o artigo 23, os de **inexigibilidade**. A Lei nº 8.666/93, no artigo 17, incisos I e II, e no artigo 24, prevê os casos de **dispensa**; no artigo 25, os de **inexigibilidade**.¹⁰

¹⁰ Os casos de dispensa e inexigibilidade previstos, respectivamente, nos artigos 24 e 25 aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no regime diferenciado de contratação (RDC), devendo observar-se as exigências formais constantes do artigo 26 (conf. art. 35 da Lei nº 12.462, de 4-8-11).

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já **determinados por lei**; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 (com a redação dada pelas Leis nºs 8.883/94, 11.196/05, 11.481, de 31-5-07 e 11.952, de 25-6-09), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de bens imóveis, nas seguintes hipóteses previstas no inciso I: (a) **“dação em pagamento”**; (b) **“doação**, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*”; para Estados, Distrito Federal e Municípios, a restrição de doação a outra esfera de governo foi suspensa, liminarmente, pelo STF, na ADIN nº 927-3-SP; apesar disso, a Lei nº 11.481/07 repetiu a restrição, ressalvando o disposto nas alíneas *f* e *h*; tem-se que entender que a possibilidade de doação continua limitada à União; (c) **“permuta**, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do artigo 24 da lei” (suspensa essa hipótese por liminar deferida na ADIN 927-3); (d) **“investidura”**; (e) **“venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”**; (f) **“alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso** de bens imóveis residenciais construídos; destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública”; (g) **“procedimentos de legitimação de posse** de que trata o artigo 29 da Lei nº 6.383, de 7-12-76, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição”; neste caso, é dispensada a autorização legislativa desde que observadas as condições previstas no § 2º-A, acrescentado ao artigo 17 pela Lei nº 11.196/05 e alterada pela Lei nº 11.952/09; (h) **“alienação, gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso** de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500 ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais”. A essas hipóteses o § 2º do artigo 17, com a redação dada pelas Leis nºs 11.196/05 e 11.952/09, acrescenta a **concessão de título de propriedade** ou de **direito real de uso** de imóveis, quando o uso destinar-se: “I – a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; II – a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão

competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500 ha (mil e quinhentos hectares).¹¹ Nessa segunda hipótese, regulamentada pelo Decreto nº 5.732, de 23-3-06, é dispensada autorização legislativa, desde que observados os condicionamentos previstos no § 2º-A do artigo 17, acrescentado pela Lei nº 11.196/05 alterada pela Lei nº 11.952/09.

Pelo § 2º-B, acrescentado pela Lei nº 11.196/05 e alterado pela Lei nº 11.763, de 1º-8-08, a hipótese do inciso II do § 2º do artigo 17 da Lei nº 8.666/93: “I – só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; III – pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do *caput* deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.”

Quanto aos bens móveis, o inciso II do artigo 17 dispensa a licitação nos seguintes casos: (a) “**doação**, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação”; (b) “**permuta**, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública” (suspensa, liminarmente, para Estados, Distrito Federal e Municípios, pela referida ADIN, a expressão “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública”); (c) “**venda de ações**, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica”; (d) “**venda de títulos**, na forma da legislação pertinente”; (e) **venda de bens** produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades”; (f) “**venda de materiais e equipamentos** para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe”.

Com relação à doação de bens imóveis, o § 1º do artigo 17 estabelece que, cessadas as razões que justificaram sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário. Conjugando-se esse parágrafo com o *caput* do mesmo dispositivo, que exige demonstração de **interesse público** em qualquer ato de alienação, e com seu inciso I, *b*, que só permite a doação para outro órgão ou entidade da Administração Pública, é possível presumir que se está diante de uma hipótese específica de **doação condicionada**: ela é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta para o patrimônio do doador.

A ideia evidente é a de manter o bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público.

¹¹ Esse limite ficou fixado em 15 módulos fiscais pelo Decreto nº 6.553, de 1º-9-08.

Quando a doação é feita, por exemplo, para uma entidade da Administração indireta, presume-se, com base no princípio da especialidade (item 3.3.5), que a utilização só pode ser feita para os fins institucionais a que a entidade está afeta. Se ela o destina a finalidade diversa, a doação será revogada.

Contudo, cabe lembrar que o § 1º do artigo 17 foi suspenso liminarmente pela mesma decisão do STF, suprarreferida.

O § 4º do artigo 17, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, traz uma exceção à regra de dispensa de licitação para a doação de bens públicos, móveis ou imóveis; obriga a realização de licitação quando se tratar de doação com encargo, hipótese em que “de seu instrumento convocatório constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato”. Porém, dispensa a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito.

Quanto à inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícita a possibilidade de ampliação.

Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistente, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada.

As hipóteses de **dispensa** podem ser divididas em quatro categorias:

- a) em razão do **pequeno valor**;
- b) em razão de **situações excepcionais**;
- c) em razão do **objeto**;
- d) em razão da **pessoa** (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32).

Em razão do **pequeno valor**, é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea *a*, do inciso I, do artigo 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente (art. 24, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98); para outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea *a*, do inciso II, do artigo 23, e para alienações, nos casos previstos na Lei (art. 17), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (inciso II, alterado pela Lei nº 9.648/98).

O inciso I foi alterado, substituindo o conceito de licitações simultâneas e sucessivas pelo de realização “conjunta e concomitante”; a dispensa só será possível se ocorrerem os seguintes requisitos: que se trate da **mesma obra** ou **serviço** ou,

alternativamente, de obras ou serviços da **mesma natureza** e no **mesmo local**, que possam ser realizados **conjunta e concomitantemente**. Embora não prevista a ressalva contida na parte final do § 5º do artigo 23, ela é também cabível neste caso, pois se a obra ou serviço exige profissional de outra especialidade, é evidente que a sua contratação tem que ocorrer em procedimento de licitação diverso.

De acordo com o § 1º, inserido no artigo 24 pela Lei nº 9.648/98, alterado pelas Leis nºs 11.107, de 6-4-05 (Lei dos Consórcios Públicos) e 12.715/12, os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresa pública e por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. Com essa norma, tais entidades terão muito maior possibilidade de dispensar licitações em razão do valor (sobre agências executivas, v. item 10.9.2).

Em razão de situações excepcionais, a **dispensa** é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses:

1. os casos de **guerra** ou **grave perturbação da ordem** (inciso III do art. 24);
2. os casos de **emergência** ou de **calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (inciso IV do art. 24).

O estado de **calamidade pública** está definido pelo Decreto nº 7.257, de 4-8-10, que regulamenta a Medida Provisória nº 494, de 2-7-10 (convertida na Lei nº 12.340, de 1º-12-10), para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. O artigo 2º define a **situação de emergência** como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso III); e **estado de calamidade pública** “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso IV).¹²

¹² O TCU vem entendendo, a partir do Acórdão nº 46/02, do Plenário, que é possível a contratação direta quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta

O dispositivo constitui aplicação do **princípio da razoabilidade** (v. item 3.3.12), na medida em que exige uma relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento de situação emergencial ou calamitosa). Embora a restrição não esteja mencionada no inciso III, parece evidente que ela é também aplicável àquela hipótese: a dispensa somente se justifica quando o contrato tenha por objetivo atender a alguma situação relacionada com a guerra ou a grave perturbação da ordem.

A situação referente ao prazo (180 dias), prevista na parte final do inciso IV, soma-se à outra, já referida, que aplica o princípio da razoabilidade; além de ser relacionada com o atendimento da situação emergencial ou calamitosa, o contrato ainda não pode ultrapassar de 180 dias; se exigir prazo superior, a licitação tornar-se-á obrigatória;

3. quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inciso V do art. 24); essa hipótese é denominada de licitação **deserta**; para que se aplique, são necessários três requisitos: a realização de licitação em que **nenhum** interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições constantes do instrumento convocatório. Esta última restrição se justifica porque, alteradas as condições, é possível que, aberta nova licitação, apareçam licitantes interessados. Note-se que o dispositivo, atendendo ao princípio da motivação, exige que seja **justificada** a impossibilidade de repetir a licitação sem prejuízo para a Administração.

A licitação **deserta** não se confunde com a licitação **fracassada**, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível;

4. na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (inciso XI do art. 24).

Esta hipótese era prevista no Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 22, V), porém se estabelecia uma limitação quanto ao valor; o dispositivo citado da Lei nº 8.666/93 estabelece restrição diversa, porque só admite a dispensa se a contratação puder ser feita com outro licitante classificado

na mesma licitação que deu origem ao contrato original e desde que o mesmo concorde em dar continuidade à execução nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Para o regime diferenciado de contratação (RDC), o artigo 41 da Lei nº 12.462/11 permite a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual, “desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação”;

5. quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso VI do art. 24); nas palavras de Diógenes Gasparini (1995:309), “contrata-se sem licitação a aquisição de certo produto para pô-lo no mercado e, desse modo, forçar a queda ou a regularização do preço ou para obrigar os particulares a desovarem seus estoques e normalizar o abastecimento”;
6. quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do artigo 48 (atual § 3º) e persistindo a situação, será admitida adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (inciso VII do art. 24); o parágrafo único do artigo 48, aí referido (hoje § 3º, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98), prevê que, em caso de desclassificação de todas as propostas, a Administração fixe aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para a apresentação de outras propostas escoimadas das causas da desclassificação. O **registro de preços** está previsto no artigo 15, inciso II e §§ 1º a 4º e disciplinado pelo Decreto nº 3.931, de 19-9-01, alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23-8-02); cabe lembrar que a compra de bens por preço superior ao de mercado caracteriza uma das hipóteses de nulidade que enseja a propositura de ação popular (art. 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65), e que, de acordo com o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, enseja responsabilidade solidária do fornecedor e do agente público responsável;
7. quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (inciso IX do art. 24); esse inciso está regulamentado pelo Decreto nº 2.295, de 4-8-97. Trata-se de hipótese em que, no Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 23, § 1º), a licitação era **vedada**. A crítica que se faz ao dispositivo é quanto ao fato de assunto que diz respeito à segurança nacional ser excluído da competência do Congresso Nacional;
8. para a **aquisição de bens** ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público (inciso XIV do art. 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8-6-94). Trata-se de

hipótese nova de dispensa somente possível quando estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo: (a) que se trate de contrato de compra ou de prestação de serviços; (b) que haja acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional; (c) que as condições ofertadas sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público, o que deve ser devidamente justificado e demonstrado;

9. nas compras ou contratações de serviços, até o limite previsto na alínea *a* do inciso II do artigo 23, se feitas para abastecer navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações (inciso XVIII do art. 24, com redação dada pela Lei nº 8.883/94);
10. na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (inciso XXVII, acrescentado pela Lei nº 11.445, de 5-1-07);
11. para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão (inciso XXVIII, introduzido pela Lei nº 11.484, de 31-5-07).

Em razão do objeto, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses:

1. para a **compra ou locação de imóvel** destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (inciso X, alterado pela Lei nº 8.883/94); no Decreto-lei nº 2.300/86, essa hipótese era de inexigibilidade (art. 23, IV), passando agora a constituir caso de dispensa com o acréscimo de alguns requisitos; exige-se, para aplicação dessa hipótese: (a) que as características do imóvel atendam às finalidades precípuas da Administração; (b) que haja avaliação prévia; e (c) que o preço seja compatível com o valor de mercado. O descumprimento desse último requisito leva à aplicação do § 2º do artigo 25, que prevê a responsabilidade solidária do fornecedor (no caso, o vendedor) e do servidor responsável, desde que a compra seja feita com superfaturamento;

2. nas **compras de hortifrutigranjeiros**, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia (inciso XII); essa norma não dispensa a autoridade da obediência, no que couber, ao disposto nos artigos 14, 15 e 16, pertinentes à compra, especialmente às exigências de adequada caracterização do objeto, indicação dos recursos orçamentários e publicação da relação das compras feitas, conforme exigido pelo artigo 16;
3. para a **aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos**, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (inciso XV); essa hipótese, que também era de inexigibilidade, pela singularidade do objeto (art. 23, V, do Decreto-lei nº 2.300/86) passou a ser de dispensa; além da autenticidade certificada, exige-se que o órgão inclua entre seus objetivos institucionais a coleção, conservação, ensino relacionados com a arte; outros tipos de órgãos dependem de licitação para a celebração do contrato, ainda que a obra seja de autenticidade certificada. O fato de tratar-se de hipótese de dispensa (que é sempre facultativa) não impede que, em determinada situação concreta, a restauração de obra de arte, ainda que sem os requisitos do artigo 24, inciso XV, apresente características que autorizem a declaração de inexigibilidade, com base no artigo 25, inciso II, desde que se trate de serviço de natureza singular, com profissional ou empresa de notória especialização; a própria lei deixou essa abertura, ao incluir, no artigo 13, inciso VII, a “restauração de obras de arte e bens de valor histórico” entre os serviços especializados a que se refere o artigo 25, II; nesse caso, a autoridade deverá observar as normas dos artigos 25, § 1º, e 26 da Lei nº 8.666/93;
4. para **aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica**, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia (inciso XVII, introduzido pela Lei nº 8.883/94). Esta hipótese melhor se enquadraria entre as de inexigibilidade, pois, se os componentes ou peças são **indispensáveis** para a vigência da garantia (o que deve ser devidamente comprovado), há inviabilidade de competição;
5. nas **compras de materiais de uso pelas Forças Armadas**, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto (inciso XIX, com redação dada pela Lei nº 8.883/94);
6. para aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20%

(vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do artigo 23 (inciso XXI, com a redação dada pela Lei nº 13.243, de 11-1-16); pelo § 3º do artigo 24, na redação dada pela mesma lei, “a hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica”; a mesma Lei nº 13.243/16, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, cria um benefício em favor dos autores de projetos nessa área, ao incluir o § 4º no artigo 24 da Lei nº 8.666, determinando que “não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do artigo 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput”; por outras palavras, no caso da contratação de que trata esse inciso, o autor do projeto básico ou executivo pode participar, direta ou indiretamente, da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários; com o mesmo intuito de incentivar a pesquisa científica e tecnológica, a Lei nº 13.243/16 introduz um § 7º do artigo 32 da Lei nº 8.666/93, permitindo a dispensa de documentação de que tratam os artigos 28 a 31, “nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta-entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23”,¹³

7. na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou por agência de fomento para a **transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida** (inciso XXV, acrescido pela Lei nº 10.873, de 2-12-04).
8. Na **aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior**, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força (inciso XXIX, incluído pela Lei nº 11.783, de 17-9-08);
9. na contratação de instituição ou organização pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a **prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural** no âmbito do Programa Nacional de Assistência

¹³ A mesma Lei nº 13.243/16, embora sem falar em *dispensa de licitação*, na realidade prevê nova hipótese, ao dar nova redação ao artigo 20 da Lei nº 10.973, de 2-12-04, assim redigido: “Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT (Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação), entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador”.

Técnica de Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (inciso XXX, acrescentado pela Lei nº 12.188, de 11-1-10);

10. nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2-12-04,¹⁴ observados os princípios gerais de contratação dela constantes (inciso XXXI, acrescentado pela Lei nº 12.349/10;
11. na contratação em que houver **transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS)**, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19-9-90, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica (inciso XXXII, acrescentado pela Lei nº 12.715/12);¹⁵
12. nas contratações de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água (inciso XXXIII, acrescentado pela Lei nº 12.873, de 24-10-13, art. 16)

Em razão da pessoa, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses de **dispensa**:

1. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.¹⁶ Esta hipótese de dispensa, prevista no inciso VIII do artigo 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, só pode ser utilizada por pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações de direito público) e desde que estejam presentes todos os demais requisitos: (a) que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no

¹⁴ A Lei nº 10.973/04 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

¹⁵ O Decreto nº 7.807, de 17-9-12, atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS) a competência para definir os produtos estratégicos para o SUS em conformidade com as recomendações expedidas pelo Grupo Executivo do Complexo Industrial da Saúde (GECIS), criado por Decreto de 12-5-08.

¹⁶ De acordo com o § 2º do art. 24, inserido pela Lei nº 12.715/12, o limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do *caput* do art. 24 não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19-9-90, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.

artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93; (b) que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer os bens ou serviços objeto do contrato; (c) que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo; (d) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Comparada essa hipótese de dispensa com a do inciso XVI, inserida na Lei nº 8.666/93 já a partir da Medida Provisória nº 351, de 16-9-93, verifica-se que a nova redação do inciso VIII praticamente tira qualquer efeito do inciso XVI, que só permitia e ainda permite a dispensa para hipóteses determinadas (impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, e de edições técnicas, bem como para a prestação de serviços de informática); o inciso VIII, ao falar em aquisição de bens e prestação de serviços, foi mais abrangente, tirando qualquer sentido à restrição do inciso XVI;

2. para a impressão dos diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, de edições técnicas oficiais, a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico (inciso XVI, com redação dada pela Lei nº 8.883/94); esta hipótese veio permitir a dispensa de licitação nas contratações com as entidades abrangidas no conceito do artigo 6º, inciso XI, desde que estas tenham sido criadas com o objetivo (inserido em sua lei instituidora) de prestar os serviços indicados no inciso XVI à pessoa jurídica de direito público interno. Esse inciso só vai permitir a dispensa de licitação nos contratos entre, de um lado, pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações públicas) e, de outro, entidades da Administração Pública, direta ou indireta (art. 6º, XI), que sejam do mesmo nível de governo, porque ninguém vai criar um ente para prestar bens ou serviços a pessoas jurídicas de outra esfera de governo;
3. na contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional (inciso XIII, com a redação alterada pela Lei nº 8.883/94); além dos requisitos relacionados com os objetivos institucionais, o dispositivo exige inquestionável reputação ético-profissional, que constitui conceito de valor de difícil comprovação;¹⁷ a Lei nº 12.349, de 15-12-10, alterou a redação

¹⁷ V. nota de rodapé nº 1, do Capítulo 11, referente ao entendimento do TCU sobre a contratação direta de fundação de apoio, sem licitação. O TCU possui entendimento consolidado no sentido de não ser

do artigo 1º da Lei nº 8.958, de 20-12-94 (que dispõe sobre as relações entre as instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio), para tornar expresso que as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), bem como as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), sobre as quais dispõe a Lei nº 10.973, de 2-12-04, poderão realizar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos.¹⁸

4. na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XX, acrescentado pela Lei nº 8.883/94); esta hipótese pode ser utilizada por todas as entidades referidas no artigo 6º, inciso XI, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) que se trate de contrato de prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra; (b) que o contratado seja associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade; (c) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, requisito este que não precisaria ser mencionado, porque deve estar presente em todas as hipóteses de dispensa, sob pena de lesão ao patrimônio público ensejadora de ação popular, conforme artigo 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65, sem falar na possibilidade de superfaturamento, sancionado pelo artigo 25, § 2º, da Lei nº 8.666/93. É bastante estranhável a inclusão, no dispositivo, de contratos de fornecimento de mão de obra, pois estes, além de não estarem previstos na Lei nº 8.666/93, não encontram fundamento no nosso sistema constitucional, uma vez que toda a contratação de mão de obra, na Administração Direta ou Indireta, está sujeita a concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo;

suficiente, para a contratação direta com base no art. 24, VIII, o fato de a entidade contratada preencher os requisitos estatutários exigidos no referido dispositivo legal, sendo necessário, também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional (Acórdão nº 1.803/10 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28-7-10).

¹⁸ É estranho que o dispositivo, embora cuidando de hipótese de dispensa de licitação na contratação de fundação de apoio, somente trate de entidades federais. Tem-se que entender que se trata de **norma geral** que, por isso mesmo, não impede a adoção, por Estados e Municípios, de norma semelhante prevista em sua legislação sobre licitações.

5. na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (inciso XXII, previsto na Lei nº 9.648/98, e alterado pela Lei nº 10.438, de 26-4-02);
6. na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XXIII, acrescentado pela Lei nº 9.648/98);
7. para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão (inciso XXIV, previsto na Lei nº 9.648/98, alterado pela Lei nº 10.438, de 26-4-02);¹⁹
8. na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (inciso XXVI, acrescentado ao art. 24 pela Lei nº 11.107, de 6-4-05, que estabelece normas sobre consórcios públicos).

Embora não prevista no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, também constitui hipótese de dispensa de licitação, em razão da pessoa, a prevista no artigo 1º-A da Lei nº 8.958, de 20-12-94, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Esse dispositivo, acrescentado à Lei nº 8.958 pela Lei nº 12.349/10, prevê a possibilidade de a FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), o CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento celebrarem convênios e contratos, com dispensa de licitação fundada no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Quanto à **inexigibilidade**, o artigo 25 indica três hipóteses em que há inviabilidade de competição, sem excluir outras.

O dispositivo prevê:

1. A aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo,

¹⁹ A respeito da hipótese de dispensa de licitação tratada no inciso XXIV do art. 24, foi proposta a ADIn-MC 1923/DF, na qual foi indeferida medida cautelar (Relator Min. Ilmar Galvão, Relator para Acórdão Min. Eros Grau, julgamento em 1º-8-07).

vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (inciso I).²⁰

Hely Lopes Meirelles (2003:279) distingue a exclusividade **industrial** da exclusividade **comercial**, para dizer que aquela é a do produtor privativo no país e esta é a dos vendedores e representantes na praça. E acrescenta que, “quando se trata de **produtor**, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas; quando se trata de **vendedor** ou **representante** comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no país e, neste caso, considera-se a **exclusividade na praça de comércio**, que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor”. Ele conclui que se considera “vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de **convite**, o que é único na localidade; para **tomada de preços**, o que é único no registro cadastral; para **concorrência**, o que é único no país”.

A mesma ideia é defendida por Diógenes Gasparini (1995:318).

A parte final do dispositivo, ao indicar a forma como deve ser feita a prova de exclusividade, constitui inovação na lei, mas que consagra entendimento já adotado anteriormente pelo Tribunal de Contas, em especial o do Estado de São Paulo; a prova exigida pelo dispositivo já era de aplicação rotineira.

Além disso, o dispositivo parece reforçar o entendimento de Hely Lopes Meirelles pelo fato de que, com a redação atual, faz referência ao órgão de registro de comércio do **local** em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, o que dá ideia de que a exclusividade comercial diz respeito realmente à praça de comércio que abranja o local da licitação.

2. A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a **inexigibilidade** para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de **prestação de serviços**, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de **natureza singular**, e o de ser contratado com pro-

²⁰ Súmula nº 255/10, do TCU: “Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

fissional notoriamente especializado. Assim é considerado, nos termos do § 1º do artigo 25, “o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.²¹

Quanto à menção, no dispositivo, à **natureza singular do serviço**, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. Note-se que o legislador quis tornar expresso que não ocorre inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação; isto pode causar estranheza, porque tais serviços já não são incluídos entre os serviços técnicos especializados do artigo 13, o que por si exclui a inexigibilidade; ocorre que o legislador quis pôr fim à interpretação adotada por algumas autoridades e aprovada por alguns Tribunais de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço. O resultado dessa insistência foi ter o legislador partido para o extremo oposto, proibindo a inexigibilidade para a publicidade e a divulgação, sem qualquer exceção, quando, na realidade, podem ocorrer situações em que realmente a inviabilidade de competição esteja presente; a licitação será, de qualquer modo, obrigatória.

Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de **essencialidade e indiscutibilidade** do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.

3. A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que se objetiva é a prestação de ser-

²¹ Súmula nº 252/10, do TCU: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.” Pela Súmula nº 264/11, do TCU, “a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”.

viço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 prevê algumas normas de controle e sanção:

1. o § 2º do artigo 25 (e que deveria ser preceito à parte, já que abrange a dispensa e a inexigibilidade) estabelece as consequências do superfaturamento decorrente da aplicação dos artigos 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade): a responsabilidade solidária, pelo dano causado à Fazenda Pública, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Para o agente público, há ainda a responsabilidade administrativa; e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, que define como crime o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa) “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (parágrafo único do art. 89); cabe ainda responsabilidade por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429, de 2-6-92;
2. o artigo 26, com a redação alterada pela Lei nº 11.107, de 6-4-05 (Lei de Consórcios Públicos), exige, como condição de eficácia, para as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, para as situações de inexigibilidade previstas no artigo 25, necessariamente justificadas, e para o retardamento previsto no artigo 8º, parágrafo único, comunicação à autoridade superior dentro de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias. Para fins de **instrução** do processo de dispensa e inexigibilidade, o parágrafo único do artigo 26 exige ainda, no que couber: caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso (artigo 24, inciso IV); razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação de projetos de pesquisa aos quais os bens são alocados.

9.6 MODALIDADES

A Lei nº 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, no artigo 22: *concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão*; nos cinco primeiros parágrafos

contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo. No entanto, pela Medida Provisória nº 2.026, de 4-5-00, foi criado o **pregão** como nova modalidade de licitação, a ser utilizada exclusivamente pela União. A Lei nº 10.520, de 17-7-02, em que se converteu aquela medida provisória, não repete a restrição que impedia a utilização do pregão por Estados, Distrito Federal e Municípios, razão pela qual todos os entes federativos podem utilizá-lo. Essa modalidade de licitação está disciplinada pela própria Lei nº 10.520, porém, conforme o disposto em seu artigo 9º, aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666.

A Lei nº 12.462, de 4-8-11, instituiu o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas* (RDC),²² aplicável apenas às licitações e contratos necessários à realização: I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); II – da Copa das Confederações da Fifa 2013 e Copa do Mundo 2014; e III – para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. Em virtude de alterações posteriores, o mesmo Regime é aplicável também nas seguintes hipóteses:

- a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (conforme Lei nº 12.688, de 18-7-12);
- b) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público (nos termos da Lei nº 12.722, de 20-10-12);
- c) obras e serviços de engenharia celebrados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (conforme Lei nº 12.745, de 19-12-12, conversão da Medida Provisória nº 580, de 14-9-12);
- d) ações da Conab relacionadas a reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas à conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (conforme Lei nº 12.873, de 24-10-13).
- e) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (conforme Lei nº 12.980, de 28-5-14).

Ainda é prevista a aplicação subsidiária da lei do RDC nas licitações destinadas à concessão de porto organizado e ao arrendamento de instalação portuária (art. 66 da Lei de Portos, de nº 12.815, de 5-6-13).

²² Essa lei foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, uma proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Democratas (DEM) e o Partido Popular Socialista (PPS), e, a outra, pelo Procurador-Geral da República.

No artigo 23 da Lei nº 8.666/93, são indicados os critérios de aplicação de uma ou outra dentre as três modalidades (concorrência, tomada de preços e convite). Da interpretação conjunta do artigo 22 e seus parágrafos e do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, bem como das Leis nºs 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), 10.520/02 (sobre pregão), 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-privadas) e Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC), deduzem-se as seguintes regras:

1. A **concorrência** é obrigatória para:

- a) obras e serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais (atualizado na forma do art. 120, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98);
- b) compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais (também atualizado);
- c) compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o seu valor, ressalvado o disposto no artigo 19, que admite concorrência ou leilão para alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (§ 3º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883/94);
- d) concessões de direito real de uso (§ 3º do art. 23);
- e) licitações internacionais, com a ressalva para a tomada de preços e para o convite, na hipótese do § 3º do artigo 23;
- f) alienação de bens móveis de valor superior ao previsto no art. 23, II, *b* (art. 17, § 6º);
- g) registro de preços (art. 15, § 3º, I), ressalvada a possibilidade de utilização do pregão, conforme artigos 11 e 12 da Lei nº 10.520/02.
- h) concessão de serviço público (art. 2º, II, da Lei nº 8.987, de 13-2-95);
- i) parcerias público-privadas, nas duas modalidades, de concessão patrocinada e concessão administrativa (art. 10 da Lei nº 11.079, de 30-12-04).

A Lei nº 11.107, de 6-4-05, que estabelece normas sobre consórcios públicos, veio introduzir o § 8º ao artigo 23, para determinar que “no caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no *caput* deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número”.

2. A **tomada de preços** e o **convite** são escolhidos em função dos **valores** estabelecidos no artigo 23, incisos I e II, com a ressalva contida no § 4º: nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Há, ainda, a possibilidade, prevista no § 3º, de ser adotada tomada de preços, nas licitações internacionais, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do artigo 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação; ou o convite, quando não houver fornecedor de bem ou serviço no país.

Com a preocupação de evitar fraude na escolha da modalidade de procedimento, o § 5º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883/94, proíbe a utilização de convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Esse parágrafo tem que ser combinado com o § 2º do mesmo dispositivo, que admite a execução parcelada de obras, serviços e compras, mas a cada etapa ou conjunto de etapas deverá ser realizada licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Nessa parte, a Lei nº 8.883/94 trouxe alteração na Lei nº 8.666/93, porque, para fins de dispensa de licitação e de escolha da modalidade de licitação, substituiu a ideia de licitações **simultâneas** ou sucessivas (conceituadas, **de forma objetiva**, no artigo 39, parágrafo único), pelo conceito mais vago e impreciso de realização “**conjunta e concomitante**”. Mas a norma do § 5º do artigo 23 permite a conclusão de que, em se tratando de **obras e serviços** da mesma natureza, a Administração é obrigada a somar os valores para escolher a modalidade de licitação; o que é decisivo para escolha pelo somatório dos valores é a **possibilidade** das obras ou serviços da mesma natureza serem realizados no mesmo local, **em conjunto** (ou seja, todas formando parte de um todo) e **concomitantemente** (ou seja, ao mesmo tempo). A única exceção é para a hipótese de se tratar de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. Nesse caso, essas parcelas não se somam ao resto da obra ou do serviço, para fins de escolha da modalidade de licitação.

3. O **leilão** (além de outras hipóteses previstas em leis esparsas) é utilizado, conforme previsto na Lei nº 8.666/93, para a venda de **bens móveis inservíveis** para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Pelo artigo 17, § 6º, o leilão é cabível desde que o valor dos bens não supere o limite estabelecido no artigo 23, II, *b*.

Bens móveis inservíveis não são, necessariamente, bens deteriorados, mas sim bens que não têm utilidade para a Administração. Com relação aos bens penhorados, houve manifesta impropriedade do legislador, já que a penhora ocorre no curso de processo judicial e está regulada pelas leis processuais, inclusive no que diz respeito ao leilão. Ou o legislador quis referir-se aos bens objeto de penhor (direito real de garantia disciplinado pelos artigos 1.431 e seguintes do Código Civil) ou quis referir-se aos bens que entram para o patrimônio público em decorrência de execução fiscal; quando inservíveis para a Administração, devem ser alienados por meio de leilão.

4. O **concurso** é cabível apenas para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º), devendo ser a modalidade escolhida **preferencialmente**

para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º).

5. O pregão é cabível para **aquisição de bens e serviços comuns**, assim considerados, pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 17-7-02, e pelo artigo 3º, § 2º, do Decreto nº 3.555, de 8-8-00, “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”. Está disciplinado pela referida Lei, regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 8-8-00, alterado pelos Decretos nºs 3.693, de 20-12-00, e 7.174, de 12-5-10. Sujeita-se às alterações introduzidas na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/10. Também é possível o pregão quando as compras e serviços comuns forem efetuados pelo sistema de registro de preços (art. 11 da Lei nº 10.520/02). Ainda conforme artigo 12, foi inserido um artigo, 2º-A, na Lei nº 10.191, de 14-2-01, para disciplinar o registro de preços mediante pregão, na área da saúde. O pregão eletrônico está regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31-5-05.²³

6. O regime diferenciado de contratação é cabível apenas para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, para a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Amador – Fifa 2013, para a Copa do Mundo Fifa 2014 e para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos mundiais, além de outras indicadas no item 9.6.

9.6.1 CONCORRÊNCIA

Concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital (art. 22, § 1º).

Do conceito decorrem suas características básicas, que são a **ampla publicidade** e a **universalidade**.

A **publicidade**, nos termos do artigo 21, é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação; a publicação deve ser feita no *Diário Oficial da União*, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidos por insti-

²³ O Tribunal de Contas da União tem admitido a utilização da modalidade *pregão* para a contratação de obras e serviços de engenharia, mesmo diante da vedação expressa imposta pelos decretos que regulamentam a Lei nº 10.520/02 (art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e art. 6º do Decreto nº 5.450/05). Nesse sentido, editou a Súmula nº 257/10: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2010.”

tuições federais; no *Diário Oficial do Estado* ou do *Distrito Federal*, quando se tratar respectivamente de licitação de órgãos da Administração Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal; e em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação na região ou no Município onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

A publicação, no caso da concorrência, deve ser feita com no mínimo 30 dias de antecedência, salvo quando se tratar de licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou quando o contrato a ser celebrado contemplar a modalidade de empreitada integral, em que o prazo passa a ser de 45 dias (art. 21, § 2º, I, b). Esse prazo será contado a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde (art. 21, § 3º).

Universalidade significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, § 1º).

9.6.2 TOMADA DE PREÇOS

Tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º). A “qualificação”, aí referida, é a de que trata o artigo 36.

A Lei nº 8.666/93 mudou o conceito de tomada de preços, uma vez que, pela legislação anterior, ela se limitava aos licitantes **previamente** cadastrados; estava ausente a universalidade, já que a licitação era aberta apenas àqueles inscritos no registro cadastral; a lei atual, de certa forma, desnaturou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.

Há quem entenda que a faculdade de se inscreverem licitantes não cadastrados deve ser exercida mediante apresentação dos documentos à Comissão encarregada do cadastramento, de modo que esse procedimento correria paralelamente ao da tomada de preços. Esse entendimento não parece aceitável, primeiro porque nem todos os

órgãos públicos possuem registro cadastral e, nesse caso, teriam que ficar dependendo do procedimento de cadastramento realizado em outro órgão ou entidade, segundo porque a realização de procedimento paralelo poderia contribuir para retardar inutilmente o procedimento da licitação. Por isso, a melhor solução consiste em exigir que os documentos sejam apresentados perante a própria Comissão encarregada da tomada de preços, principalmente nos órgãos que não possuam registro cadastral próprio.

No entanto, Toshio Mukai (1994:40) apresenta sugestão interessante e aceitável, ao afirmar que “qualquer empresa não cadastrada poderá participar de tomada de preços, desde que apresente junto à Comissão de Cadastro toda a documentação necessária para cadastramento até o 3º (terceiro) dia anterior à data designada para recebimento das propostas”. E acrescenta que “se no curso do procedimento licitatório a Comissão de Cadastro vier a indeferir o cadastramento a empresa deverá ser desqualificada por fato superveniente”; essa inabilitação por fato superveniente encontra fundamento no artigo 43, § 5º, da lei de licitações. Esse é o procedimento que vem sendo adotado na prática administrativa, de modo que, para permitir a participação de licitante não cadastrado na tomada de preços, as Comissões de Licitação exigem apenas o protocolo de entrega da documentação para fins de registro cadastral; se o registro cadastral não estiver efetuado até a data da habilitação, esta será feita condicionalmente e perderá o efeito se o registro não puder se completar por irregularidade na documentação.

A publicidade deve ser observada na tomada de preços, com obediência às mesmas normas já referidas para a concorrência, porém com a diferença de que o artigo 21, § 2º, II, *b*, exige que a publicação se faça com 30 dias de antecedência quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; e o inciso III prevê que, nas demais hipóteses, o prazo seja de 15 dias. A contagem do prazo observa a norma do § 3º do mesmo dispositivo.

O **registro cadastral** deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem frequentes licitações, devendo ser atualizados anualmente (art. 34); é facultada, contudo, a utilização de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2º), o que abrange a Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (art. 6º, XI).

A pessoa cadastrada recebe um “certificado de registro cadastral”, com validade de um ano, no máximo, e do qual consta a categoria em que se inclui, tendo em vista sua especialização, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos artigos 30 (qualificação técnica) e 31 (qualificação econômico-financeira). Para os participantes que apresentem esse certificado na tomada de preços, a habilitação é prévia, porque feita no momento da inscrição no registro cadastral, perante **comissão** permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração

responsáveis pela licitação (art. 51), com mandato de um ano, vedada a recondução (art. 51, § 4º); no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, a comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados (art. 51, § 2º).

O artigo 34 da Lei nº 8.666 foi regulamentado pelo Decreto nº 3.722, de 9-1-01 (alterado pelo Decreto nº 4.485, de 25-11-02). Nos termos do artigo 1º desse decreto, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) constitui o registro cadastral do Poder Executivo. Para participar da licitação, os licitantes podem comprovar a regularidade fiscal, a qualificação econômico-financeira e a habilitação jurídica por meio de cadastramento no Sicaf.

9.6.3 CONVITE

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º).

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis (art. 21, § 2º, IV), por meio da chamada **carta-convite**. No entanto, a Lei nº 8.666/93 inovou ao permitir que participem da licitação outros interessados, desde que cadastrados e manifestem seu interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. A medida contribui para aumentar o rol de licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. Para permitir essa participação, o artigo 22, § 3º, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório.

A habilitação dos licitantes, nessa hipótese, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa (art. 32, § 1º). A diversidade de tratamento fere o princípio da isonomia. A exigência de certificado para os não convidados somente se justificaria nos casos em que a Administração exige habilitação dos licitantes convidados. Do modo como está na lei, a norma levará ao absurdo de permitir a inabilitação de um licitante que não tenha o certificado de registro cadastral em ordem, quando, para os convidados, nenhuma documentação foi exigida.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, em especial da isonomia, o § 6º do artigo 22, alterado pela Lei nº 8.883/94, exige que, existindo na praça mais do que três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, seja a carta-convite dirigida a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Quanto à possibilidade de continuar a licitação no caso de aparecerem menos de que três convidados, o Tribunal de Contas da União, alterando seu entendimento após a entrada em vigor da Lei nº 8.666/93, decidiu que “para a regularidade da licitação na modalidade **convite** é imprescindível que se apresentem, no mínimo, 3 (três) licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame” (DOU de 11-8-93, p. 11.635).

Essa orientação há de ser entendida em termos que a tornem compatível com o artigo 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”.²⁴

Quer dizer que o simples fato de se apresentarem menos do que três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite. Pelo contrário, será possível prosseguir-se na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados (o que não é passível de justificação, porque decorre de própria omissão dos licitantes) ou as “limitações do mercado”. Nesse caso, a limitação pode decorrer, por exemplo, da inexistência de outros possíveis interessados ou de empresas que, por alguma razão, não atendam às exigências da Administração. Se houver outros possíveis interessados em condição de atender ao convite, este deve ser repetido, agora com observância do § 6º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94.

9.6.4 CONCURSO

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores (art. 22, § 4º).

A publicidade é assegurada por meio de publicação do edital, consoante estabelece o mesmo artigo 22, § 4º, com, pelo menos, 45 dias de antecedência; esse prazo é previsto também no artigo 21, § 2º, inciso, I, *a*.

De acordo com o artigo 52, § 2º, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111 (v. item 8.8.2).

²⁴ Nesse sentido, Acórdão do TCU nº 1.620/10 – Plenário, e Súmula nº 248, do mesmo Tribunal: “Não obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93.”

9.6.5 LEILÃO

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens **móveis** inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5º).

Outras leis existem prevendo o leilão, como é o caso do artigo 4º, § 3º, da Lei nº 9.491, de 9-9-97 (que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização); do artigo 29 da Lei nº 9.074, de 7-7-95 (que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos); do artigo 10 da Lei nº 11.481, de 31-5-07 (que altera a legislação sobre bens imóveis da União, prevendo leilão para a alienação de bens imóveis do Fundo do Regime Geral da Previdência Social).

Quando se tratar de **bens imóveis**, a modalidade de licitação obrigatória é a concorrência (art. 17, I, e art. 23, § 3º), com ressalva para as hipóteses do artigo 19, além de outras previstas em leis esparsas, como as já referidas. Nada diz a lei sobre bens **semoventes**; no Decreto-lei nº 2.300/86 era possível inferir, com maior tranquilidade, que a modalidade cabível era o leilão, porque o dispositivo a ele referente não fazia menção à modalidade de bem, se móvel ou imóvel, e havia exigência expressa de concorrência apenas para a alienação de imóveis. Na Lei nº 8.666/93 nada se diz quanto a esse tipo de bem, podendo, no entanto, ser-lhe aplicada a mesma regra que se refere aos bens móveis, já que os semoventes são, em regra, considerados uma espécie de bem móvel dotado de movimento próprio (como os animais), ao lado de outra modalidade que não tem essa característica.

9.6.6 PREGÃO

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02 permite que o pregão seja realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia de informação, nos termos de regulamentação específica. Essa regulamentação consta do Decreto nº 5.450, de 31-5-05.²⁵

A Medida Provisória nº 2.182/01 havia instituído o pregão apenas para a União. Essa restrição estava sendo considerada inconstitucional pela quase totalidade da

²⁵ O pregão também pode ser utilizado para a aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02 (e observadas as condições previstas no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 8.248, de 23-10-91, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação).

doutrina que tratou do assunto tendo em vista que, em se tratando de norma geral, tinha que ter aplicação para todos os entes federativos.

A questão ficou superada quando a medida provisória converteu-se na Lei nº 10.520/02, que não mais restringiu à União o âmbito da nova modalidade de licitação.

Conforme artigo 1º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555/00, o pregão aplica-se aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

9.6.7 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Regime Diferenciado de Contratação (RDC) é modalidade de licitação instituída pela Lei nº 12.462, de 4-8-11, resultante da Medida Provisória nº 527, de 2011,²⁶ exclusivamente para as licitações e contratos necessários à realização:

- I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);
- II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Trata-se, portanto, de procedimento previsto para ser aplicado a situações específicas e ter duração limitada à conclusão dos eventos referidos no artigo 1º. Embora a lei tivesse, originariamente, aplicação restrita aos contratos referidos em

²⁶ Originariamente, a Medida Provisória nº 527/11 foi editada para alterar a Lei nº 10.683, de 28-5-02, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, bem como adaptar a legislação que disciplina a ANAC e a INFRAERO às novas normas. Na Câmara dos Deputados é que foram acrescentados à medida provisória os dispositivos que criam e disciplinam o RDC. Essa foi uma das razões invocadas nas aludidas ADIns para pedir a declaração de sua inconstitucionalidade, já que teriam sido descumpridos o processo legislativo (arts. 59 e 62 da Constituição) e o princípio da separação de poderes.

seu artigo 1º, o RDC vem sendo estendido a outros contratos. O artigo 1º, *caput*, da Lei nº 12.462/11 foi alterado pelas Leis 12.688, de 18-7-12, 12.722, de 20-10-12, 12.745, de 19-12-12, 12.980, de 28-5-14, 13.190, de 19-11-15, e 13.243, de 11-1-16, para prever a aplicação do regime às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (inciso IV), para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V), para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI), para as ações no âmbito da segurança pública (inciso VII), para as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (inciso VIII) e para os contratos a que se refere o artigo 47-A (inciso IX, pertinente aos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração), e para as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (inciso X). Por sua vez, o § 3º do artigo 1º, com a redação dada pela Lei nº 13.190/15, previu a utilização do RDC para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia. Além disso, a Lei nº 12.815, de 5-6-13 (Lei de Portos), no artigo 66, prevê a aplicação subsidiária da Lei do RDC às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária. A Lei nº 12.873, de 24/10/13, autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) a utilizar o RDC nos contratos que especifica.

A Lei nº 12.462/11 está regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11-10-11, alterado pelo Decreto nº 8.080, de 20-8-13 e pelo Decreto nº 8.251, de 23-5-14.²⁷

9.7 PROCEDIMENTO

Fala-se em procedimento, no Direito Administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante.

O procedimento é mais complexo na concorrência, tendo em vista o maior vulto dos contratos a serem celebrados; é um pouco menos complexo na tomada de preços, em que o valor dos contratos é médio; e simplifica-se ainda mais no convite, dado o pequeno valor dos contratos.

O procedimento da licitação fica a cargo de uma Comissão, permanente ou especial, composta de, pelo menos, três membros (art. 51), sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração

²⁷ Sobre o RDC, v. item 9.10.